



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

27 de julho de 2017

3ª Câmara Criminal

Apelação - Nº 0003546-91.2016.8.12.0002 - Dourados
 Relator – Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos
 Apelante : Ministério Público Estadual
 Prom. Justiça : Eduardo FonticIELha De Rose
 Apelante : Pedro Henrique Moraes da Silva
 Advogado : Luiz Roberto Nogueira Veiga Junior (OAB: 17605/MS)
 Apelado : Pedro Henrique Moraes da Silva
 Advogado : Luiz Roberto Nogueira Veiga Junior (OAB: 17605/MS)
 Apelado : Ministério Público Estadual
 Prom. Justiça : Eduardo FonticIELha De Rose
 Apelado : Henrique José Rosa Oliveira
 Advogado : Larisse Pereira Moraes (OAB: 147790/MG)

E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO MINISTERIAL – TRÁFICO DE DROGAS – PLEITO DE CONDENAÇÃO DO CORRÉU PELO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES – NÃO ACOLHIMENTO – FRAGILIDADE DAS PROVAS – RECURSO NÃO PROVIDO.

A caracterização do crime de tráfico de drogas depende da comprovação da respectiva autoria, a qual não restou evidenciada das provas colhidas nos autos. O acusado negou a autoria tanto na fase inquisitorial quanto em juízo, de modo que incumbia à acusação o ônus de provar o liame entre ele e o veículo que continha os entorpecentes, o que não se verificou. Desta feita, não existem provas indubitáveis que indiquem a prática do crime de tráfico de drogas por parte do apelado, atuando na função de "batedor", na forma como foram levantados os argumentos pela acusação, de maneira que merece ser mantido o decreto absolutório.

APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – TRÁFICO DE DROGAS – MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO – REQUISITOS NÃO ATENDIDOS – MANUTENÇÃO DA HEDIONDEZ DO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS – REGIME INICIAL FECHADO MANTIDO – SUBSTITUIÇÃO INCABÍVEL – RECURSO NÃO PROVIDO.

I – Incabível a redutora do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, uma vez que as circunstâncias do caso concreto revelam a dedicação do réu à atividade criminosa e sua participação em organização criminosa, pois a droga, em grande quantidade, estava sendo transportada em carro previamente preparado, sendo ocultada em fundo falso do veículo, circunstâncias que revelam a experiência no ramo do tráfico de drogas e denotam a existência de coordenação com organização voltada à prática dessa atividade. Assim, incabível o afastamento da hediondez.

II – O regime inicial de cumprimento da pena deve permanecer inalterado, haja vista a expressiva quantidade da droga apreendida e grau de periculosidade (171 kg de maconha), circunstâncias que exigem especial rigor no combate ao tráfico, impondo, em consequência, a aplicação de reprimendas penais mais



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

severas, razão pela qual mantenho o fechado, por se mostrar o mais adequado para prevenção e reprovação do delito (art. 33, § 3º, do Código Penal).

III – Se a pena supera o limite de 04 anos e as circunstâncias judiciais revelam-se desabonadoras, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (art. 44, incs. I e III, do Código Penal).

Em parte com o parecer, nego provimentos aos recursos interpostos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade negar provimento aos recursos ministerial e defensivo.

Campo Grande, 27 de julho de 2017.

Des. Dorival Moreira dos Santos - Relator



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

R E L A T Ó R I O

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Trata-se de Apelações Criminais interpostas pelo **Ministério Público Estadual** e por **Pedro Henrique Moraes da Silva**, contra a sentença de fls. 284-290, que condenou o réu à pena de 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, em regime inicial fechado, pela prática do delito previsto no artigo 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 e absolveu o corréu **Henrique José Rosa Oliveira** pela mesma imputação.

Narra a denúncia:

"No dia 10 de março de 2016, aproximadamente as três horas, na Rodovia BR 163, próximo ao rio Dourados, nesta cidade, Pedro Henrique Moraes da Silva e Henrique Jose Rosa Oliveira, cientes da ilicitude de suas condutas, transportavam a droga popularmente conhecida como maconha - cento e noventa e cinco tabletes de cento e setenta e um quilos - de uso proibido em todo território nacional, sem autorização legal, com destino à Ituiutabá/MG. Nesta ocasião, Pedro Henrique Moraes da Silva, ciente da ilicitude de sua conduta, conduzia em proveito próprio o veículo Silverado, marca GM, placas afixadas CYL-5359 de São Paulo/SP, produto de roubo, ocorrido na cidade de Goiânia/GO, no dia 18 de fevereiro de 2015, sendo a placa original GWP-5030 de Varjão/GO (boletim de ocorrência n.º 933/15)." (fls. 02-04)

Nas razões de apelação (fls. 316-330), o *Parquet* pugna pela condenação do corréu Henrique Jose Rosa Oliveira por tráfico de drogas.

A defesa, em razões acostadas as fls. 356-374, requer o reconhecimento da causa especial de diminuição de pena do § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, em patamar máximo ou, alternativamente, o reconhecimento da figura privilegiada independentemente de redução; a alteração do regime inicial para aberto ou semiaberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

As partes contrarrazoaram os recursos adversos (defesa, as fls. 376-385 e Ministério Público as fls. 390-407), requerendo o seu não provimento.

Parecer da PGJ as fls. 418-420, pelo provimento do recurso ministerial e não provimento do apelo defensivo.

V O T O

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (Relator)

Trata-se de Apelações Criminais interpostas pelo **Ministério Público Estadual** e por **Pedro Henrique Moraes da Silva**, contra a sentença de fls. 284-290,



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

que condenou o réu à pena de 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, em regime inicial fechado, pela prática do delito previsto no artigo 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 e absolveu o corréu **Henrique José Rosa Oliveira** pela mesma imputação.

Narra a denúncia:

"No dia 10 de março de 2016, aproximadamente as três horas, na Rodovia BR 163, próximo ao rio Dourados, nesta cidade, Pedro Henrique Moraes da Silva e Henrique Jose Rosa Oliveira, cientes da ilicitude de suas condutas, transportavam a droga popularmente conhecida como maconha - cento e noventa e cinco tabletes de cento e setenta e um quilos - de uso proibido em todo território nacional, sem autorização legal, com destino à Ituiutabá/MG. Nesta ocasião, Pedro Henrique Moraes da Silva, ciente da ilicitude de sua conduta, conduzia em proveito próprio o veículo Silverado, marca GM, placas afixadas CYL-5359 de São Paulo/SP, produto de roubo, ocorrido na cidade de Goiânia/GO, no dia 18 de fevereiro de 2015, sendo a placa original GWP-5030 de Varjão/GO (boletim de ocorrência n.º 933/15)." (fls. 02-04)

Nas razões de apelação (fls. 316-330), o *Parquet* pugna pela condenação do corréu Henrique Jose Rosa Oliveira por tráfico de drogas.

A defesa, em razões acostadas as fls. 356-374, requer o reconhecimento da causa especial de diminuição de pena do § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, em patamar máximo ou, alternativamente, o reconhecimento da figura privilegiada independentemente de redução; a alteração do regime inicial para aberto ou semiaberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Passo à analisar.

1 - Pedido ministerial pela condenação do corréu Henrique José Rosa Oliveira

Inconformado com o édito absolutório, o representante do *parquet* busca a condenação do corréu Henrique José Rosa Oliveira pelo crime descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 (tráfico de drogas).

O órgão ministerial imputou ao acusado o crime de tráfico de drogas em razão deste ter supostamente exercido a função de "batedor" de um veículo que foi encontrado repleto de entorpecentes, sendo que o liame entre o réu e o aventado associado, Pedro Henrique Moares da Silva, que estava conduzindo o outro veículo seria a narrativa extrajudicial do último e o contato firmado entre eles por meio de ligações via telefone celular.



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

O magistrado singular entendeu por absolver o réu nos seguintes termos:

"(...) Por outro lado, não há provas da participação do réu Henrique no referido crime. Tal afirmativa se faz, pois, negou a prática delitativa, tanto na fase extrajudicial (f. 15-16), como em juízo (f. 182). Além disso, o réu Pedro Herinque também não confirmou a versão apresentada na delegacia (f. 13-14), ou seja, não implicou o réu Henrique na empreitada criminosa. Adiante, verifico que os réus possuíam dois celulares no momento da prisão, sendo que Pedro Henrique estava com os celulares 67 9160-6462 e 67 9841-3742 e Henrique com os 67 99334-0723 e 34 99838-7300. Ocorre que não houve qualquer troca de mensagens ou ligações entre os referidos números, como se vê do incluso laudo de exame telefônico (f. 79-80 - itens 2 e 3). Logo, o interrogatório dos corréus restaram corroborados quanto à negativa da participação do réu Henrique no crime em julgamento. Assim, não há como referendar que o réu Henrique atuava como batedor para o réu Pedro Henrique. Desse modo, do caderno processual verifico inexistir provas suficientes para a condenação do réu Henrique, de modo que deve ser aplicado o princípio do in dubio pro reo. (...)" (fls. 287).

Debruçando-se sobre o conjunto probatório, verifica-se que não há elementos a corroborar o pedido de condenação.

A materialidade do crime de tráfico de drogas está consubstanciada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 06-07), auto de apreensão (fls. 23-24), do laudo de exame preliminar de constatação (fls. 31); do laudo de exame em telefonia celular (fls. 63-80); do auto de entrega (fls. 185-199); do laudo de exame documentoscópico (fls. 201-211); e do laudo de exame em veículo automotor (fls. 212-217 e 222-228), bem como os depoimentos das testemunhas (fls. 08-09, 11-12, 182 – dregavações em sistema audiovisual).

Todavia, há incerteza em relação à autoria do réu **Henrique José Rosa Oliveira**.

Interrogado perante a autoridade policial, o acusado afirmou que reside na cidade de Ituiutaba-MG, onde possui uma transportadora denominada Oliveira e que é proprietário do veículo L200, com ele apreendido, que possui vários amigos na região de Coronel Sapucaia-MS e que veio sozinho aquela cidade para participar de uma festa de Laço, tendo negado estar realizando a função de "batedor" para a camionete GM Silverado, a qual continha em seu interior grande quantidade de entorpecentes, além de afirmar que desconhece o acusado Pedro Henrique Moraes da Silva (fls. 15-16).

Em juízo, o réu ratificou suas declarações extrajudiciais, mantendo a negativa de autoria e negando conhecer ou ter relação com a pessoa que dirigia a



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

camionete Silverado, além de afirmar que não realizou a função de "batedor" para o referido carro (fl. 142 - gravação audiovisual).

Os indícios de autoria se alicerçaram exclusivamente no interrogatório extrajudicial do réu Pedro Herinque e no suposto contato entre os acusados, o que, no entanto, não ficou satisfatoriamente demonstrado.

Isso porque o laudos pericial de fls. 64-82 não comprova ter havido ligações ou mensagens trocadas entre os celulares do apelado e aqueles apreendidos no interior do veículo Silverado, o qual continha as drogas.

Aliás, é de se ponderar que as provas produzidas em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, na realidade, infirmaram os elementos coligidos na fase policial

Em juízo, o corréu Pedro Henrique Moraes da Silva, preso em flagrante transportando 171 kg de maconha, confessa sua autoria delitiva referente ao tráfico de entorpecentes, contudo altera sua versão inquisitiva em relação à participação de Henrique José Rosa Oliveira, afirmando inclusive que desconhece o acusado e que não tinha "batedor" algum.

A testemunha **Rinaldo Severo de Souza**, policial militar, afirmou que, durante uma abordagem de rotina, parou o veículo GM Silverado, que era conduzido pelo acusado Pedro Henrique e durante a entrevista, percebeu um nervosismo no indivíduo, que tentava ocultar um celular entre as pernas, diante da atitude suspeita, pediu para descer do carro e, durante a revista, encontrou um fundo falso na traseira do veículo, onde a substância entorpecente estava escondida. Após, relata que o questionou sobre um possível "batedor" e o suspeito indicou o veículo L200, que foi posteriormente abordado, detendo-se o condutor, ora apelado.

Contudo, a testemunha ao ser interrogado sobre ter checado os celulares do suposto batedor, relatou que não, apenas verificou os números dos contatos e afirmou haver uma triangulação entre o transportador e outros dois comparsas. Além disso, informou que o principal elemento considerado durante a investigação foram as afirmações do outro réu.

Ocorre que não há no caderno processual nenhum indício que sustente as alegações do referido policial, especialmente considerando-se o laudo pericial realizado nos telefones apreendidos.

Átila Germano Gomes, policial militar, ao ser ouvido em juízo lembrava-se vagamente dos fatos, informando que participou da guarnição que abordou o réu que conduzia a camionete Silverado, porém estava na posição de guarda, de forma



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

que a abordagem foi realizada pelo policial Rinaldo e que durante a entrevista, notou-se atitude suspeita que culminou na apreensão da droga. Após o flagrante, pediram apoio a força tática para interceptar o veículo L200. Nada acrescentando a respeito dos contatos telefônicos entre os suspeitos ou da triangulação para o tráfico de drogas.

O que se verifica é a fragilidade das provas. A condenação exige certeza absoluta, fundada em dados objetivos indiscutíveis que demonstrem o delito e a autoria, não bastando nem mesmo a alta probabilidade.

O processo penal não autoriza condenações baseadas somente em suposições ou indícios. A prova deve estar clara, escorreita e sem qualquer dúvida a respeito da autoria do delito para ensejar sentença condenatória.

No presente caso, os únicos elementos que apontam para a autoria do apelado consistem em depoimentos colhidos exclusivamente na fase extrajudicial. Ou seja, há uma dúvida plena ao se conjugar as provas da fase inquisitorial com as produzidas sob o crivo do contraditório, dúvida esta que milita em favor do apelado, pois sua versão pode ser verdadeira, ao passo que a imputação feita pela acusação carece de provas concludentes acerca da sua responsabilidade penal.

Como bem observa Nucci:

"O ônus da acusação é sempre exigível e inflexível. O ônus da defesa pode ser exigível e é flexível. O ônus do órgão acusatório, quando falho, jamais poderá gerar convencimento favorável à condenação, pois seria este fundamentado em livre convicção íntima, o que é inadmissível (excetuado o sistema do Tribunal do Júri). O ônus da defesa, quando falho, pode gerar convencimento favorável ao réu, desde que calcado no princípio da presunção de inocência. Logo, o magistrado, nessa hipótese, estaria absolvendo o acusado não por livre convicção íntima, mas se valendo de princípio constitucional expresso"¹.

"Em caso de conflito entre a inocência do réu e sua liberdade e o direito-dever do Estado de punir, havendo dúvida razoável, deve o juiz decidir em favor do acusado. (...) Quando dispositivos processuais penais forem interpretados. Apresentando dúvida razoável quanto ao seu real alcance e sentido, deve-se optar pela versão mais favorável ao acusado, que como já se frisou, é presumido inocente até que demonstre o contrário"².

Sobre o tema, trago, ainda, a doutrina de Maurício Zanoide de Moraes:

¹ NUCCI, Guilherme de Souza.op.cit.

² NUCCI, Guilherme de Souza, Manual de processo penal e execução penal, 6.Ed. Rev., atual. e ampl, São Paulo: editora: Revista dos Tribunais, 2010.



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

“A presunção de inocência, como “norma de juízo”, por sua vez, impõe que o juiz demonstre que aquele material incriminador é suficiente para lhe dar a certeza fática para decidir em desfavor do imputado. O “in dubio pro reo” ingressa na presunção de inocência apenas neste último instante citado, isto é, em sua manifestação de norma de juízo, e o faz como último momento do exame judicial, qual seja, determina ao juiz, por imposição constitucional, que em caso de dúvida fática sempre decida da melhor maneira para o imputado.” (MORAES, Maurício Zanoide de. Presunção de inocência no processo penal brasileiro. RJ: Lumen Juris, 2010. p. 405-406).

O acusado negou a autoria tanto na fase inquisitorial quanto em juízo, de modo que incumbia à acusação o ônus de provar o liame entre ele e o veículo que continha os entorpecentes, o que não se verificou.

Por oportuno, veja-se os seguintes julgados:

"APELAÇÃO CRIMINAL. FRAUDE PROCESSUAL. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. NÃOJUDICIALIZAÇÃO DAS PROVAS COLHIDAS NA FASE INQUISITORIAL. AUSÊNCIA DE PRODUÇÃO DE PROVAS PARA CONFIRMAÇÃO DA AUTORIA. APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. I – Quando o acervo probatório colhido sob o crivo do contraditório e da ampla defesa é incapaz de esclarecer a dinâmica dos fatos e de ratificar suposta autoria apresentada por comparsa em fase inquisitorial, a absolvição é medida que se impõe. Na incerteza, aplica-se o princípio in dubio pro reo. II – Os depoimentos de policiais gozam de presunção de veracidade; contudo, devem se mostrar aptos a esclarecer os fatos e a indicar a autoria delitiva. III – Recurso CONHECIDO e NÃO PROVIDO.” (TJ-DF - APR: 20120111881467 DF 0051917-69.2012.8.07.0001, Relator: JOSÉ GUILHERME, Data de Julgamento: 19/03/2015, 3ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 25/03/2015)

"APELAÇÃO CRIMINAL TRÁFICO DE DROGAS PEDIDO DE CONDENAÇÃO DO CORRÉU EDUARDO HENRIQUE DE SOUZA NÃO ACOLHIDO ACERVO PROBATÓRIO INCONCLUSIVO COAUTORIA NÃO COMPROVADA INDÍCIOS INSUFICIENTES PARA A CONDENAÇÃO IN DUBIO PRO REO ABSOLVIÇÃO MANTIDA RECURSO IMPROVIDO. I. É sabido que não basta para a condenação a mera presunção, nem mesmo os fortes indícios. O Decreto condenatório exige provas harmônicas e seguras, pois, do contrário, a dúvida deve ser dirimida em favor do acusado, consoante determinam os princípios da presunção de inocência e do in dubio pro reo. (...)" (TJMS; APL 0001817-20.2010.8.12.0041; Ribas do Rio Pardo; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Francisco Gerardo de Sousa; DJMS 02/10/2013)

Nesse contexto, afigura-se imprescindível destacar o princípio da imediatidade, segundo o qual convém prestigiar a valoração da prova pelo juiz da causa e sua livre convicção motivada, tendo em conta a efetiva proximidade que guarda das



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

partes, gerando melhores condições de avaliação do caso em apreciação e as reais circunstâncias dos fatos submetidos a julgamento.

Ademais, verifica-se que o magistrado singular realizou a colheita da prova oral de forma cuidadosa e minuciosa, inquirindo as partes e testemunhas acerca de todos os detalhes dos fatos ocorridos.

Neste sentido, colaciono o seguinte julgado:

"(...) A condenação deve basear-se em um cunho de certeza. Por isso, compete ao magistrado sopesar as versões, com discricionariedade motivada, e acolher aquela que possua maior sustentáculo na prova dos autos. Havendo dúvidas, absolve-se, em observância ao princípio do in dubio pro reo. 2. Se o conjunto probatório não traz a certeza da autoria, em respeito à proximidade do juiz da causa, a absolvição dever ser mantida. 6. Recurso improvido. Decisão Unânime." (TJ-PE-Apeleção: 1120596520098170001 P 0112059-65.2009.8.17.0001, Relator: Antônio de Melo e Lima, Data de Julgamento: 20/11/2012, 2ª Câmara Criminal) (destaquei)

Dessarte, em atenção ao princípio constitucional da presunção da inocência e do *in dubio pro reo*, a manutenção da absolvição é medida que se impõe, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, por não existir prova suficiente para a condenação pelo crime de tráfico de drogas.

2 – Do Recurso defensivo

2.1 – Da causa especial de diminuição do tráfico privilegiado

Sob a alegação de preencher todos os requisitos legais necessários, o apelante Pedro Henrique Moraes da Silva afirma que deve ser beneficiado com a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06 (tráfico privilegiado).

O magistrado sentenciante entendeu por afastar referido privilégio, *in verbis*:

Caminhando, apesar de ser primário (f. 101-102 e 143), não merece a benesse do tráfico privilegiado. Isso porque está clara e evidente a participação do réu Pedro Henrique numa rede de crime organizado para a distribuição de entorpecente. Tal se dá porque saiu de seu domicílio, na cidade de Eldorado, e foi de ônibus até Coronel Spacuaia/MS. Lá pegou o veículo preparado com as drogas e se deslocou a Brasilândia/MS. Porém, foi preso pela polícia em Dourados/MS. Portanto, estamos diante de uma convergência de vontades, de esforços, e divisão de tarefas para a consecução do tráfico. Assim, claro está que o réu integra organização criminosa ao servir de elo para disseminar os entorpecentes na sociedade.

Para a configuração da citada minorante é preciso que o acusado reúna, de forma cumulativa, todos os requisitos elencados pelo art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, quais sejam: a primariedade, os bons antecedentes, a não dedicação às



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

atividades criminosas e a não integração a associação criminosa.

No caso dos autos, apesar da primariedade (fls. 101-102 e 143), as circunstâncias observadas a partir do flagrante demonstram que não se trata de envolvimento eventual com o tráfico, mas sim de agente que se dedica à atividade delitiva e integra organização criminosa.

O apelante transportava 195 tabletes que totalizavam 171 kg de maconha em uma Camionete GM Silverado, com placas de São Paulo, tendo inclusive confessado que foi de ônibus de Eldorado/MS até o município de Coronel Sapucaia/MS para pegar referido veículo com a substância entorpecente e o dinheiro a ser gasto com a viagem. Destarte, toda a ação encadeada; a elevada quantidade de entorpecente, que estava escondida em fundos falsos na carroceria do automóvel; a presença de outros indivíduos (ainda que não identificados) denotam a experiência e organização no ramo do tráfico de drogas que é incompatível com a figura do traficante de primeira viagem, de forma que se mostra incabível a aplicação da minorante.

Sobre o tema, colaciono jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“(...) 2. Concluído pelo tribunal de origem, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus. 3. Não há falar em reformatio in pejus, uma vez que a controvérsia foi resolvida à luz da pretensão contida no recurso da acusação, que buscou a revisão da dosimetria com o fito de majorar a sanção impingida ao paciente. (...)”. (STJ; HC 350.368; Proc. 2016/0055532-2; SP; Sexta Turma; Relª Minª Maria Thereza Assis Moura; DJE 29/04/2016)

“(...) Não há falar em bis in idem na dosimetria da pena, haja vista que a exasperação da pena-base deu-se em razão da quantidade e natureza da substância entorpecente apreendida. 514,3 kg de cocaína, e a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, por sua vez, foi negada por entenderem as instâncias de origem, com base nas circunstâncias do caso concreto, que o paciente dedicava-se às atividades criminosas e integrava organização criminosa, motivos diversos, pois. 2. Concluído pelas instâncias ordinárias, com arrimo nos fatos da causa, que o paciente se dedicava às atividades criminosas e integrava organização criminosa, não incide a causa especial de diminuição de pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 (...)”. (STJ; HC 353.208; Proc. 2016/0092030-1; MS; Sexta Turma; Relª Minª Maria Thereza Assis Moura; DJE 29/04/2016)

Logo, considerando as circunstâncias próprias do caso concreto, não



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

estão preenchido os requisitos cumulativos do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, sendo, pois, impossível a incidência da correspondente causa especial de diminuição.

2.2 - Afastamento da hediondez e aplicação da substituição da pena corporal por restritivas de direitos

Em relação a hediondez do crime de tráfico de drogas, no caso dos autos, a causa especial de diminuição de pena, prevista no § 4º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/06, não foi reconhecida, razão pela qual é necessário manter o caráter hediondo do delito de tráfico de drogas.

2.3 - Do regime e substituição por restritiva de direitos

Declarada a inconstitucionalidade da norma que previa a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crime hediondos e os a ele equiparados pelo STF (HC 111.840/ES, em 27.6.2012), a fixação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção de tais delitos deve observar os critérios do art. 33, § § 2º e 3º do Código Penal, bem como do art. 42 da Lei n. 11.343/06.

In casu, o regime inicial de cumprimento da pena deve permanecer inalterado, haja vista a expressiva quantidade da droga apreendida e o grau de periculosidade (171 kg de maconha), circunstâncias que exigem especial rigor no combate ao tráfico, impondo, em consequência, a aplicação de reprimendas penais mais severas, razão pela qual mantenho o fechado, por se mostrar o mais adequado para prevenção e reprovação do delito (art. 33, § 3º, do Código Penal).

A substituição também revela-se incabível, dada a quantidade da pena, que supera o limite de 04 anos, bem como pelas circunstâncias judiciais indicarem que a medida é insuficiente para o alcance das finalidades da pena (art. 44, incs. I e III, do Código Penal).

Prequestionamento

Quanto ao questionamento suscitado inexistente violação ou negativa de vigência.

Dispositivo

Em parte com o parecer, nego provimento aos recursos interpostos pelo Ministério Público Estadual, a fim de manter a absolvição do delito de tráfico de drogas (arts. 33, *caput*, da Lei nº. 11.343/06), em relação ao apelado Henrique José Rosa Oliveira, e por Pedro Henrique Moraes da Silva.



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

D E C I S Ã O

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS MINISTERIAL E DEFENSIVO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos
Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.
Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Francisco Gerardo de Sousa e Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 27 de julho de 2017.

mc